

COLECCIÓN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

Directores: Guido Aguila Grados & Ana Calderón Sumarriva

LA PRUEBA JUDICIAL

1

ADOLFO ALVARADO VELLOSO



Más que enseñar Derecho, garantizamos su aprendizaje

*San
Marcos*

PRESENTACIÓN A LA COLECCIÓN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

Los que tenemos una década o más como abogados nunca estudiamos en nuestra formación universitaria la mitad de las instituciones que conforman la vanguardia de nuestra profesión en la actualidad. Simplemente estamos ante un nuevo Derecho. Y es lógico. Formamos parte de una nueva sociedad. Un nuevo *modus vivendi* es el que nos ofrece la postal de la cotidianidad de nuestro tiempo. Y al cambiar diametralmente esta forma de interactuar, es lógico también que cambien las normas jurídicas que la regulan.

Empero, no se trata de un cambio más. Es distinto a todos los cambios producidos hasta hoy en la historia del Derecho. **Es una verdadera revolución jurídica: La constitucionalización del Derecho. Y, por ende, de la perla más preciada de su corona: el Derecho Procesal.**

Aunque esto pueda parecer tan obvio –que el gravicentro del Derecho sea la Constitución y fácil y decirlo, ha significado un viraje brusco en nuestro quehacer jurídico. Y de sobremanera en el Derecho Procesal. Y no por grande el giro parece ser el correcto.

El rostro del proceso debería dibujar, con este fenómeno, una sonrisa permanente. Una alegría infinita se debe palpar en el alma abogadil de este tiempo. Total, se ha logrado el gran sueño de siempre: respetar la gradación de la pirámide kelseniana con estricto rigor vertical. Empero, en el Perú no advertimos esa expresión de felicidad. La carita feliz no aparece en nuestra realidad procesal. Sigue ausente. Más bien, la mueca permanente de insatisfacción sigue pétrea. Incólume. **En teoría, hemos llegado a las condiciones deseadas de presión y temperatura de seguridad jurídica. A pesar de ello el malestar persiste. Esto constituye un indicador inequívoco de que algo anda mal.**

La situación que vive el proceso nos deja la sensación que estamos entrampados. A pesar de que –en apariencia- los insumos son los ideales, el producto no satisface al cliente justiciable.

Hay un tema de Serrat en la que le canta a una mujer y le dice, más o menos, que le gusta su boca, sus piernas, su cuerpo, su sonrisa, pero no le gusta ella. Bueno, con el proceso de hoy pasa algo similar. **La constitucionalización del Derecho Procesal ha llegado pero no se reconoce ni la mínima expresión de su enorme cartel prometido. Es el problema de poner las expectativas muy altas y la planificación muy baja. Entendemos que hay un problema de diseño. La constitucionalización del proceso no se ha entendido como lo que es: la búsqueda de un auténtico debido proceso. Un proceso en el que las partes litiguen y el juez sentencie con las garantías enunciadas por el constituyente. Se entiende que el fenómeno consiste en una suerte de *posmodernismo procesal* y entonces el**

corifeo de siempre –afónico a estas alturas – grita y sugiere invenciones para adecuarlas a nuestros tiempos.

La presente colección tiene la ilusión que a través de sus diversos títulos se puedan encontrar algunas pistas que nos acerquen a las razones de este desnivel que sigue haciendo del debido proceso una asignatura pendiente desde los tiempos de la primaria del Derecho. La constitucionalización del derecho procesal sigue siendo, en efectividad de justicia, una quimera.

Aguardamos que los títulos que componen la Colección *Derecho Procesal Contemporáneo* signifiquen el destierro de las gruesas sombras de siempre. Sólo así, en EGACAL nos sentiremos que en realidad hemos innovado la propuesta de capacitación jurídica en el Perú: Más que enseñar Derecho, garantizar su aprendizaje.

Guido Aguila Grados

Ana Calderón Sumarriva

DIRECTORES DE LA ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS JURÍDICOS EGACAL

PRÓLOGO

Pretendo en estas líneas convocar al gentil lector a una experiencia distinta en los afanes procesales, a una revelación monda y limpia de la idea procesal, capaz de ser pensada y repensada, calculada y cuestionada, algo más, inferida y reflexionada. Para esto le propongo seguir una ruta que permite elegir entre asumir la mera presencia del «ente» bibliográfico que trae entre manos o, sumado a esto, aquello que desde sus adentros se muestra como espíritu, como «ser».

Tal vez la diferenciación heideggeriana entre lo óntico y lo ontológico explique de mejor manera la bifurcación y destinos de la ruta propuesta.

La primera alternativa presenta la existencia de este libro y de su contenido como datos indiferentes de sus motivaciones; asignará al lector el entendimiento de la confirmación procesal como postura procesal a la que el pensamiento del lector no hace ni deshace en nada, porque llegó a él sin más que su exterioridad escrita, sin más que su mero ente. Entonces, el libro no compromete al lector, es sólo su proximidad óntica a él, apenas una vinculación de «ente» a «ente» y nada más.

En cambio, la segunda alternativa hace que el lector, como «ser», se integre e intime con el espíritu del saber y de los predicados de este libro, es decir, le permite advertir en qué consiste el existir de este libro o ver en él esa esencia que justifica las cosas, llamada por Cossio «racionalidad del ente».

Entonces, el lector se involucra con el libro, se une a él en espíritu, por eso el libro se hace con el lector y éste con aquél. Pocos son los libros con espíritu, éste es uno de ellos, pues no sólo es simiente de la inteligencia y el entendimiento, de la intuición y el ingenio, todos volcados en la experiencia, sino de pasión libertaria que habla desde su lector.

Por eso considero importante prevenir al lector captar el sustrato intelectual de *La prueba judicial* por intuición sensible y emocional, es decir, por óntica y ontológica interpretación, porque sólo así se siente eco del mensaje y encargo de su autor.

De más está referir la complejidad del tratamiento de la prueba; sin embargo, resulta sobremanera importante destacar de este libro (que es pieza de un auténtico sistema procesal expuesto hoy plenamente en las tres fascinantes partes de *Introducción al estudio del derecho procesal* facturadas a nuestro autor), que asume dicha complejidad con sencillez tal que estudiosos noveles y avezados se ponen a la par ante un fluir de razones sencillamente comunicadas por un hilo lógico finamente pulido. Innegable herencia, legítimamente enriquecida, de la densa filosofía de Briseño Sierra.

La prueba judicial – Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal, aparece en el Perú, luego de España y Argentina, portando el mensaje y aporte de un pensamiento, un ideal y un autor, es decir, del garantismo procesal, la libertad y Adolfo Alvarado Velloso, respectivamente. Esa fórmula triple para llevar en el proceso cautiva la cautividad.

Acaso no justifica lo dicho entender el proceso no como meta a alcanzar sino como método neutro, que la afirmación parcial descansa no en la verdad sino en el

convencimiento judicial, que la prueba oficiosa no sirve para alcanzar justicia sino para lesionar la imparcialidad del juez, que no hay convicción sin motivación razonada, etcétera.

Cabe advertir que si algún lector desprevenido imagina impropio vivir en Derecho nacional los postulados de las líneas prologadas aduciendo su filiación extranjera, se equivoca. Más allá de algún dispositivo legal o denominación fácilmente vinculable a las asumidas por nuestro ordenamiento, el espíritu del mensaje procesal que ofrece este libro cala y arde en el mismísimo nervio publicista de nuestro sistema procesal, en sus distintas manifestaciones.

Razón por la que este trabajo exige bosquejar críticas serias, máxime que así lo pide su autor; lo que asegura que en él no causan efecto alguno los elogios ni las diatribas, que sólo son emanaciones que guían las vidas de quienes, camuflados en la adulación o la injuria, intentan justificar, en ellos, el absurdo sartriano de su existir. Por eso creo que el existencialismo es, en parte, sólo una abultada filosofía de esa laya de alientos y por eso estimo tanto el porvenir del derecho procesal desde la perspectiva de procesalistas de autentico relieve garantista como nuestro autor. La lectura aconsejada de este libro me dará la razón en el lector.

La altura intelectual de Adolfo Alvarado Velloso no requiere prologuistas ni similares presentadores en lugar alguno, pues en cualquier ámbito y desde cualquier distancia se deja divisar nítida por sí sola. Entonces, si algo puede justificar este espacio en su libro es sólo una muestra más de su benevolencia, de su sentido de amistad, de su don de maestro.

Finalmente, el clima nacional en que aparece *La prueba judicial*, que no es ajeno al debate entre garantismo e inquisitivismo, muestra un cariz intransigente que nubla el pensamiento procesal patrio, porque agrede y no critica, destruye y no edifica; así, se imprimieron en nuestro medio, hace no mucho, algunas páginas prologales e introductorias calcadas de intolerante e intolerable autosuficiencia, de rabiosa pedantería y, claro que sí, de deslenguada prepotencia. Los dueños de esos lances «vanguardistas» apuntan alto, muy alto, porque habiendo descendido tan bajo, por su turbia semántica, el barro que desde ahí avientan intenta alcanzar al cordial llamamiento garantista al serio y respetuoso debate de ideas.

Declaro que estas palabras finales no son las de un galeato de la obra alvaradiana, pues es verdad que ésta es la máxima expresión latinoamericana del garantismo procesal y que a ella no alcanza el iracundo lodo de la intransigencia de pensamientos, por eso no necesita defenderse de ese «discurso» ni de defensores frente a esos discursantes, porque siendo dueña de una humildad tan grande como su genialidad nada le resta por imponerse en lid de gentes. Lo demás, esa zancadilla al debate honesto, no cuenta para nada.

Roberto González Álvarez

PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD PERUANA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MIEMBRO DEL INSTITUTO PANAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

PRESENTACIÓN

La abogacía sería peruana informa recurrentemente en los foros internacionales de los últimos años que la reforma procesal civil operada en el año de 1993, no ha dado los resultados prometidos por los codificadores.

Y siempre insiste en que el sistema judicial se ha vuelto impredecible a raíz de que muchos jueces se apartan constantemente de la ley para privilegiar situaciones fácticas a partir de un difuso y muy particular sentido de justicia, sentenciando al margen o por encima de las claras garantías constitucionales que deben tener perpetua e irrestricta vigencia.

Cosa similar ocurre en mi país, la Argentina, en el cual impera un Código Procesal Civil que se muestra casi tan inquisitivo como el peruano. Y aquí la experiencia es definitivamente nefasta, toda vez que se insiste en mejorar el sistema con las mismas normas que ya han demostrado hasta el hartazgo que no sirven al efecto.

Todo esto no es novedoso. En los cuatro rumbos del continente, el sufrido hombre americano ha tenido que aprender a la fuerza y desde los tiempos de la Conquista a convivir con un injusto y a veces perverso sistema de enjuiciamiento –tanto en lo civil como en lo penal– que puede ser más o menos inquisitivo pero que siempre es inquisitivo al fin, y que se ha vuelto irremediablemente ineficiente con los años, por pedirle al juez el mantenimiento de un permanente compromiso espiritual con cada caso justiciable.

Para ello, se le ha exigido desde la propia ley y enseñado siempre por la doctrina y, particularmente, a partir de mediados del siglo XX, que su deber primario, esencial e irrenunciable, es encontrar la verdad –en rigor, la Verdad, única e incontrovertible– para hacer la justicia –en rigor, la Justicia– que el caso requiere.

Y con ello, todo juez termina a la postre involucrado espiritualmente con el conflicto humano que debe juzgar, generándose así efectos disvaliosos para el sistema ya que, invariablemente, pierde su sentido de imparcialidad en cada caso justiciable en el cual le toca actuar.

El cambio que la época exige ya ha comenzado a tener vigencia: en Argentina, por ejemplo, el sistema de enjuiciamiento penal giró en el año de 1998 desde un método severamente inquisitivo hacia uno puramente acusatorio: tanto que en algunos de los códigos allí vigentes se prohíbe la prueba oficiosa y se prevé la sanción de nulidad para la sentencia que se fundamente en ella.

Igual ha ocurrido posteriormente en el propio Perú donde, con idénticos orígenes legislativos, ya se ha inaugurado en el país la vigencia de un Código acusatorio que, en el fondo, no responde a los parámetros que corresponden a su lógica sistémica, con lo cual es posible que fracase en poco tiempo generado la correspondiente desazón abogadil.

De tal modo, en ambos países –cual lo que ocurre en Nicaragua, para desesperación de sus fiscales– el método acusatorio penal convive con uno inquisitivo para el enjuiciamiento

de todo lo no penal (civil, comercial, laboral, etc.), con lo que nadie puede comprender la esencia misma del sistema judicial: en tanto a unos jueces se les ordena la permanente búsqueda de la verdad y se los castiga si no lo hacen, a otros se les prohíbe ejercer la misma actividad, bajo las más diversas sanciones.

Como rara paradoja final, se ve ahora que hay jueces con competencia material plena que actúan contemporáneamente en lo civil y en lo penal y que, al igual que Jano con sus dos rostros, deben cumplir sus deberes con diversos y antagónicos criterios de enjuiciamiento. Y esto –inútil es señalarlo– no sólo produce ineficiencia sino que es verdaderamente esquizofrénico y termina enfermándolos de la nueva dolencia profesional: stress judicial.

Por mi parte, creo que una reforma que mire hacia un texto legislativo que en definitiva es más de lo mismo y que ya se ha mostrado ineficiente por sujetar al juez a las mismas premisas de juzgamiento que las que le impuso la Inquisición Española desde fines del Siglo XV, no sólo no es novedosa sino que se muestra asaz contradictoria con lo que ha hecho y aún está por hacer en el campo de lo penal de toda la región.

Estas circunstancias y mi antiguo y definitivo compromiso con la libertad, mirada ésta como máximo valor constitucional después de la vida misma, me han decidido a publicar esta obra con el confesado fin de discrepar doctrinalmente acerca de algunas de las actividades que el sistema de enjuiciamiento civil peruano le impone a diario a los jueces, particularmente en materia probatoria, por estar convencido de su absoluta ineficacia.

Y para ello, agradeciendo la deferencia del sello editorial San Marcos, entrego este libro que ya ha sido presentado en la Argentina bajo el nombre de El debido proceso de la garantía constitucional (editorial Zeus, Rosario, 2003), escrito a partir del texto de las Lecciones que publiqué en mi Introducción al Estudio del Derecho Procesal (editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, años 1989 y 1998) y que publico precedido de un prólogo de quien es una joven personalidad del mundo procesal peruano y que hoy lleva con honor la carga de ser Presidente de la Sección Cusco del Capítulo Perú del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Aspiro así a mostrar una voz disidente que sólo pretende que se guarde elemental coherencia sistémica interna en el orden jurídico procesal de cada uno de los países de América.

Como deseo discutir las ideas que aquí expongo –a lo cual casi todos rehuyen habitualmente– dejo mi dirección epistolar al pie de esta Presentación para que todo interesado en hacerlo pueda hacerme llegar su opinión, que será puntillosamente publicada en www.garantismo-procesal.com.ar

Desde ya, todo mi agradecimiento a quienes así lo hagan.

Adolfo Alvarado Velloso

aav@alvarado-abogados.com

aav@academiadederecho.com

aav@garantismo-procesal.com.ar